FESTSCHRIFT

FÜR

WILHELM JERUSALEM

ZU SEINEM 60. GEBURTSTAG

VON FREUNDEN, VEREHRERN UND SCHÜLERN

MIT BEITRÄGEN

VON

MAX ADLER, RUDOLF EISLER,
SIGMUND FEILBOGEN, RUDOLF GOLDSCHEID,
STEFAN HOCK, HELEN KELLER, JOSEF KRAUS,
ANTON LAMPA, ERNST MACH, ROSA MAYREDER,
JULIUS OFNER, JOSEF POPPER, OTTO SIMON,
CHRISTINE TOUAILLON, ANTON WILDGANS

MIT EINEM BILDNIS



WIEN UND LEIPZIG
WILHELM BRAUMÜLLER
K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER
1915

Sittlichkeit und Recht

Von Landesgerichtsrat **Dr. Josef Kraus**

1. Jedes positive Rechtssystem wird als das Produkt eines konstanten und eines variablen Faktors betrachtet. Den konstanten Faktor erblickt man in dem »ewigen Sittengesetz«, den variablen Faktor in dem durch das Klasseninteresse diktierten Willen der jeweils herrschenden normschaffenden Gesellschaftsklassen. Extreme Ansichten erklären das positive Recht als ausschließlichen Komplex sekundärer (abgeleiteter) ethischer Normen oder als reinen Niederschlag der auf- und abwogenden gesellschaftlichen und staatlichen Machtverhältnisse. Aus der Natur dieser beiden Elemente schöpft die Wissenschaft und Judikatur vielfach ihre Argumente für die Erläuterung und Fortbildung des positiven Rechts. Die folgenden Zeilen gelten der Untersuchung der Frage, inwiefern die Moral als Quelle des Rechts in Betracht kommt und welche Rolle ihr in der Rechtsentwicklung und bei der Rechtsanwendung zufällt.

2. Der letzte Ursprung aller Sittlichkeit liegt im Dunkeln. Gewöhnlich betrachtet man die Vernunft und das Gewissen als die beiden Quellen der Moral und nennt das von der Vernunft regierte Gewissen unser sittliches Bewußtsein. Allerdings sind die Begriffe Vernunft und Gewissen äußerst subtiler Art und grenzen an das Gebiet des Unerforschlichen. Noch hat die Wissenschaft nicht einmal entschieden, ob der menschliche und der tierische Intellekt, welch letzterer bei einzelnen Tierrassen bekanntlich hoch entwickelt ist, eines Stammes sind oder nicht,[1] und die seelische Disposition, die wir Ge-

[1] Ch. Darwin, Die Abstammung des Menschen, 3. Kap.

wissen nennen, ist bisher mehr empfunden als erkannt worden. Immerhin müssen wir schon auf Grund der eigenen inneren Erfahrung diese beiden Faktoren als charakteristische Attribute der menschlichen Natur anerkennen.[1]) Gäbe es Menschen ohne jedes sittliche Bewußtsein, so müßten diese, ihren natürlichen Lebensinstinkten allein gehorchend, einer schrankenlosen Ausartung ihres Egoismus anheimfallen und in stetem Kampfe miteinander leben. Denn der Egoismus ist, wie die Juristen sich ausdrücken würden, nicht bloß ein »naturale«, sondern ein »essentiale« der menschlichen Natur. Die notwendige Einseitigkeit der individuellen Welt- und Lebensanschauung ist seine nie versiegende Quelle.[2])

3. Die Rolle, welche die Vernunft als Mitschöpferin der Sittlichkeit spielt, ist von den meisten Philosophen vorbehaltslos anerkannt und nur mehr oder minder in den Vordergrund gerückt worden.[3]) Eine Divergenz der Ansichten ergibt sich nur insofern, als die einen behaupten, die Vernunft sei a priori befähigt, das Sittengesetz zu erkennen,[4]) die Erkenntnis des obersten Moralprinzips sei also das Ergebnis abstrakter Reflexion, während die anderen vermeinen, daß die Vernunft

[1]) Spuren eines sittlichen Bewußtseins sind übrigens auch bei gewissen Tieren beobachtet worden. Vgl. Darwin, l. c. Kap. 4, wo sich für diese Annahme überaus interessante Belege finden, und neuestens P. Ch. Mitchell, Die Kindheit der Tiere, Stuttgart, Julius Hoffmann.

[2]) Schopenhauer: Die Welt als Wille und Vorstellung, IV, § 61, ferner Spinoza, Ethik, IV, 37. Lehrsatz, Anm. 2: »Jeder existiert nach dem höchsten Rechte der Natur und folglich tut jeder . . . . was aus der Notwendigkeit seiner Natur folgt. Nach dem höchsten Rechte der Natur . . . . sorgt jeder für seinen Nutzen nach seinem Sinne.«

[3]) In dem durch ein überreiches ethnographisches Material ausgezeichneten Werke von Eduard Westermarck »Ursprung und Entwicklung der Moralbegriffe« wird allerdings der Versuch unternommen, den Ursprung der sittlichen Urteile ausschließlich aus moralischen Gefühlen zu erklären.

[4]) In der »Grundlegung zur Metaphysik der Sitten« hat Kant mit größter Entschiedenheit und in geradezu temperamentvoller Weise den Grundsatz verteidigt, daß die Vernunft unter Ausschluß jeglicher Erfahrung die alleinige Quelle der Sittlichkeit sei. (Ausgabe Kirchmann, S. 30—33.) Später hat er denselben Gedanken in den »Metaphysischen Anfangsgründen der Rechtslehre« in anderer Form ausgesprochen. (Ausgabe Nicolovius, S. 162.)

nur auf Grund der Erfahrung zur Deduktion des Sittengesetzes gelange. Diese letztere Ansicht bietet uns jedenfalls überzeugendere Gründe. Der Mensch ist nach dem bekannten Worte des Aristoteles ein von Natur aus soziales Wesen. Die Rücksicht auf die persönliche Sicherheit und Wohlfahrt sowie ein mystisches Mitteilungsbedürfnis führen ihn instinktiv zu sozialem Zusammenschluß. Schon in der primitivsten sozialen Vereinigung erkennt er aber, daß die Rücksicht auf die Gemeinschaftsgenossen ihm Opfer in bezug auf die ungehemmte Entfaltung seiner eigenen Individualität auferlege und er ist genötigt, diese Opfer zu bringen, um die erstrebten Vorteile der Gemeinschaft zu genießen. Diese Selbstbeschränkung ist also das Produkt der durch die Erfahrung gewitzigten Vernunft. Aus eben dieser Wurzel — wenn auch mit etwas abweichender subjektiver Motivierung — erklärt Schopenhauer die Entstehung sittlicher Begriffe. So sehr nämlich die schrankenlose Betätigung der eigenen Individualität der menschlichen Natur entspricht, so erzeugt sie dennoch nicht bloß Lust, sondern auch Leiden. »Die allen Individuen gemeinsame Vernunft, welche sie nicht, wie die Tiere, bloß den einzelnen Fall, sondern auch das Ganze im Zusammenhang abstrakt erkennen läßt, hat sie nun aber bald die Quelle jenes Leidens einsehen gelehrt und sie auf das Mittel bedacht gemacht, dasselbe zu verringern oder womöglich aufzuheben durch ein gemeinschaftliches Opfer, welches jedoch von dem gemeinschaftlich daraus hervorgehenden Vorteil überwogen wird.« Die Vernunft trat gewissermaßen für den Augenblick aus dem Individuum heraus, machte sich von ihm los und erkannte, daß in diesem vom Zufall regierten Spiel der Kräfte der einzelne viel seltener den Genuß des gelegentlichen Unrechttuns, als den Schmerz des Unrechtleidens zu empfinden haben würde. Sie gelangte daher zum Schlusse, »daß sowohl, um das über alle verbreitete Leiden zu mindern, als, um es möglichst gleichförmig zu verteilen, das beste und einzige Mittel sei, allen den Schmerz des Unrechtleidens zu ersparen, dadurch, daß auch alle dem durch das Unrechttun zu erlangenden Genusse entsagten.« [1])

[1]) Schopenhauer l. c. IV, § 62.

4. Wenn man das Gewissen als die Quelle der Sittlichkeit zitiert, geziemt es der Worte des Sokrates zu gedenken, die dieser vor und unmittelbar nach seiner Verurteilung an seine Richter und Ankläger gerichtet hat, und deren schlichte Größe uns in Platos Apologie erhalten ist. »Mir aber ist dieses von meiner Kindheit an geschehen, eine Stimme nämlich, welche jedesmal, wenn sie sich hören läßt, mir von etwas abredet, was ich tun will; zugeredet aber hat sie mir nie« .... und weiter: »Die gewohnte Prophetenstimme in meiner Brust war in der letzten Zeit stets sehr lebhaft und oft in Kleinlichkeiten widerstand sie mir, wenn ich im Begriffe war, etwas nicht auf die rechte Art zu tun.« Gegenüber den Anschuldigungen seiner Ankläger, schließt Sokrates, habe diese Stimme aber geschwiegen.[1])

Die psychologische Analyse des Gewissens ist bisher über bloße Hypothesen kaum hinausgekommen. Man wird indes kaum fehl gehen, wenn man annimmt, daß das Gewissen in den sozialen Trieben des Menschen wurzle. Da der Mensch, wie oben bemerkt (3), von Natur aus nach sozialem Zusammenschluß strebt, so muß er auch darauf bedacht sein, das von ihm geschaffene Gebilde zu erhalten. Es entwickelt sich daher bei ihm durch die stete Bedachtnahme auf das Ganze das Gefühl der Verantwortung, welches gestärkt und belebt wird durch die moralische Beurteilung, die sein Tun durch die Gemeinschaftsgenossen erfährt. Dieses gewohnheitsmäßige Einstellen des Bewußtseins auf das Urteil der Gemeinschaft kann sodann zu einer vererbten Disposition geworden sein, derzufolge sich das Gewissen auch dort regt, wo die Verborgenheit der Tat ein Urteil der Gemeinschaft vorläufig ausschließt. Daneben kommt allerdings auch die religiöse Begründung des Gewissens, die Furcht vor der Gottheit in Betracht, die ihren letzten Ursprung abermals in einem Gefühl der Abhängigkeit, aber nicht von den Gemeinschaftsgenossen, sondern von den Naturgewalten hat. Welches immer aber auch der Ursprung und die Natur des Gewissens sein

[1]) Apologie 19 und 31.

mag[1]), das eine steht wohl fest, daß jeder Mensch früher oder später dieser Funktion seines Bewußtseins inne wird. Dichtung und Philosophie haben in unvergänglichen Aussprüchen diese Feststellung sanktioniert. Manches ihrer Worte klingt uns beständig im Ohre. »Ein guter Mensch in seinem dunklen Drange ist sich des rechten Weges wohl bewußt« und »Ach, daß wir doch dem reinen stillen Wink des Herzens nachzugehen so sehr verlernen! Ganz leise spricht ein Gott in unserer Brust, ganz leise, ganz vernehmlich zeigt's uns an, was zu ergreifen ist und was zu fliehen.«[2]) Eine eingehende Erörterung der markantesten Zustände unseres Gewissens (Gewissensbiß und Gewissensangst) finden wir bei Schopenhauer in seinem Hauptwerke.[3]) Aus dieser Darstellung, die den ruhigen klaren Blick des Sehers offenbart und die sich stellenweise zu grandiosem dichterischem Schwung erhebt, spricht die Erkenntnis von der großen Bedeutung unseres Gewissens für den Ursprung und die Entwicklung der Sittlichkeit.[4]) Ganz isoliert ist die Stellung Nietzsches zum Problem des menschlichen Gewissens. Weit entfernt, es als Quelle der Moral anzuerkennen, erklärt er es aus der durch die soziale Umgestaltung des menschlichen Urzustandes herbeigeführten Bändigung der ehedem frei und schrankenlos waltenden Lebensinstinkte. Er betrachtet es als das Residuum dieser in das menschliche Unterbewußtsein zurückgedrängten elementaren Triebe, als das Stigma einer Generation von Sklaven, somit als moralischen Defekt.[5]) Diese Ansicht mag übrigens nur die Tatsache illustrieren, daß wir von der wissenschaftlichen Erkenntnis des menschlichen Gewissens noch ziemlich

---

[1]) Vgl. die Gegenüberstellung der sogenannten nativistischen und geschichtlich-gesellschaftlichen Theorie des Gewissens bei Ihering, Der Zweck im Recht, II (Dritte Auflage), S. 108 u. ff.

[2]) Faust I, Prolog, und Torquato Tasso III, 2.

[3]) L. c. § 65 in fine.

[4]) Es sei hier nebenbei bemerkt, daß Schopenhauer im unmittelbaren Anschluß an das zitierte Kapitel demonstrativ gegen Kant Stellung nimmt, indem er leugnet, daß von der Erfahrung losgelöste abstrakte Erkenntnis oder Reflexion für sich allein als Quelle der Sittlichkeit in Betracht kommen könne (l. c. § 66, § 67).

[5]) Zur Genealogie der Moral, 16. und 17.

weit entfernt sind. Es kann auch nicht geleugnet werden, daß die Empfindlichkeit des Gewissens bei verschiedenen Menschen und Völkern eine überaus reiche Differenzierung verrät, ein Umstand, dem in der Entwicklung der Moral eine sehr bedeutsame Rolle zufällt.[1])

5. Daß die Quintessenz aller Moral in der Abkehr von der egoistischen Seite der menschlichen Natur nach der altruistischen Seite, in der Rücksichtnahme auf die Interessen der sozialen Gemeinschaft und der Gemeinschaftsgenossen liegt, das ist eine Wahrheit, die im Laufe der Jahrhunderte nicht nur selten angezweifelt, sondern vielmehr mit vereinzelten Einschränkungen immer anerkannt worden ist.[2]) Eine scharfe Grenze zwischen gut und böse, zwischen recht und unrecht wurde dagegen stets vergeblich gesucht. Man hat vielfach Kants kategorischen Imperativ[3]) als den exaktesten Ausdruck des obersten Moralprinzips gerühmt. Es ist aber auch bereits erkannt worden, daß die Kantsche Formel wirklich nur eine formale Lösung des Moralproblems bedeutet. Die materielle Seite dieses Problems, die Frage, nach welchen Kriterien man denn eigentlich zu beurteilen habe, ob ein Gesetz »ein allgemeines Gesetz« werden könne, läßt jene Formel offen, und es erübrigt somit für jedermann die Notwendigkeit, seine Absichten und Gesinnungen noch nach anderweitigen,

[1]) Nach Westermarck ist die Quelle der Moral in den sozialen Gefühlen und nicht in dem individuellen Gewissen des einzelnen zu suchen, welche Gegenüberstellung meines Erachtens eine rein dialektische ist. Westermarck anerkennt übrigens das Gewissen als ein Symptom des sittlichen Bewußtseins und gibt zahlreiche Belege dafür, daß selbst bei den primitivsten Naturvölkern der Gegenwart die Funktion des Gewissens nachweisbar ist (l. c. Bd. I, Kap. 3, S. 104 u. ff.).

[2]) »Es findet sich ohne Zweifel nichts in der Welt, was so wenig Veränderung erlitten hat, als jene Grundsätze, welche die Moralsysteme ausmachen.« (Buckle, Geschichte der Zivilisation, I, S. 153.)

[3]) »Handle nur nach derjenigen Maxime, durch die du zugleich wollen kannst, daß sie ein allgemeines Gesetz werde.« (Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Ausg. Kirchmann S. 44.) Diesem kategorischen Imperativ stellt Kant den praktischen Imperativ an die Seite, den er folgendermaßen formuliert: »Handle so, daß du die Menschheit sowohl in deiner Person, als in der Person eines jeden andern jederzeit zugleich als Zweck, niemals bloß als Mittel brauchest« (l. c. S. 53).

materiellen Gesichtspunkten zu prüfen. In der bekannten Ulpianschen Formel: »honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere« ist die erwähnte Grenze im allgemeinen nicht unzutreffend gekennzeichnet. Etwas gelehrter und in der seiner Lehre eigenen Terminologie sagt Schopenhauer im Grunde genommen dasselbe, wenn er ausführt,[1]) der menschliche Egoismus verleite das Individuum, die Grenzen der Selbstbejahung des eigenen Willens zu überschreiten und bis zur Verneinung des im anderen Individuum erscheinenden Lebenswillens hinauszugehen. Dieser Einbruch in die Grenzen fremder Willensbejahung sei von jeher deutlich erkannt und mit dem Worte Unrecht bezeichnet worden. Demgegenüber enthalte der Begriff Recht nur die Negation des Unrechts und es werde ihm jede Handlung subsumiert, welche die erwähnte Grenze nicht überschreite, das heißt, nicht Verneinung des fremden Willens zur stärkeren Bejahung des eigenen Willens ist.

Welches ist nun jener Punkt, der uns »gleich dem Gefrierpunkt auf dem Thermometer« die Grenzen der eigenen Willensbejahung anzeigt? Darüber belehrt uns unser sittliches Bewußtsein. Das Gewissen leitet uns instinktiv, die Vernunft methodisch. Das Unrecht manifestiert sich bei jenem, der Unrecht tut, nicht minder wie bei jenem, der Unrecht leidet durch das Auftreten eines spezifisch betonten Unlustgefühls, welches bei dem leidenden Teil verschieden ist von jenem Schmerze, den die Tat ihm sonst etwa noch verursacht. Daneben sagt uns die Vernunft, daß wir die Gemeinschaft, deren wir zur Förderung und Veredlung unserer animalischen und geistigen Lebensinteressen bedürfen, zu erhalten haben, daß wir also alles, was dieser Gemeinschaft förderlich ist, zu tun, das Gegenteil aber zu unterlassen haben. Daraus folgt, daß wir a priori unsere Gemeinschaftsgenossen als Elemente dieser Gemeinschaft zu achten und dementsprechend zu behandeln haben. Die hiernach ermittelten moralischen Werte potenzieren sich mit der Bedeutung des in Betracht gezogenen Gemeinschaftskreises: Familie, Stammesgemeinschaft (Nation),

[1]) L. c. IV, § 62.

Rassengemeinschaft und Menschheit. Aus dieser Auffassung entspringt der von Ihering aufgestellte und vermöge seiner allzu knappen Form vielfach mißverstandene Satz: »Das Sittliche ist nichts, als der Egoismus in höherer Form — der Egoismus der Gesellschaft.«[1]) Wird in diesem Satz das Wort Gesellschaft nicht im Sinne einer einzelnen Gesellschaftsklasse, sondern im Sinne der Allgemeinheit, des sozialen Verbandes verstanden, so läßt sich gegen seine Richtigkeit kaum ernstlich etwas einwenden. Die Rücksichtnahme auf die ungestörte Existenz jener Gemeinschaft, welcher man angehört, erfordert allerdings eine gewisse Anpassung des einzelnen an deren faktische Organisation. Es ist aber eine einseitige Übertreibung eines richtigen Gedankens, wenn Anton Menger in seiner »Neuen Sittenlehre« verkündet, Sittlichkeit sei nichts anderes als Anpassung an die jeweiligen sozialen Machtverhältnisse.

Das moralische Urteil des einzelnen, das der Vernunft entspringt, erhält seine Sanktion durch die Stimme des Gewissens. In der Übereinstimmung der moralischen Urteile der Gemeinschaftsgenossen offenbart sich das soziale Gewissen, das in der öffentlichen Meinung seinen Ausdruck sucht und findet. Indem diese wiederum (4) das Gewissen des einzelnen beeinflußt, dessen Empfindlichkeit steigert, vollzieht sich der gesellschaftliche Kreislauf der sittlichen Idee.

6. Da die sittlichen Normen nicht nur zu verschiedenen Zeiten, sondern mitunter auch gleichzeitig in verschiedenen Ländern mehr oder minder differieren, die menschliche Natur aber unverändert ist, so könnte sich die Frage ergeben, ob denn unser sittliches Bewußtsein, da es so verschieden reagiert, zur Auffindung einer verläßlichen ethischen Richtlinie überhaupt geeignet sei. Darauf ist zu erwidern, daß unser sittliches Bewußtsein uns eben keine fertige Tugendlehre, sondern nur eine sittliche Grundanschauung liefert. Dieses Moralprinzip, welches, wie schon erwähnt, die fortschreitende Abkehr von der egoistischen Seite der menschlichen Natur nach der altruistischen zum sittlichen Ideal erhebt und den Daseins-

[1]) Der Zweck im Recht, II, S. 195.

zweck des Individuums den Zwecken der höheren sozialen Einheiten unterordnet, darf allerdings Anspruch auf absolute Gültigkeit erheben. Dabei ist nicht zu übersehen, daß die aus der Unveränderlichkeit der menschlichen Natur entspringende Wesensgleichheit in der Disposition des sittlichen Bewußtseins auch tatsächlich zu einer Reihe von sekundären, aus dem obersten Moralprinzip abgeleiteten ethischen Normen führt, die als moralische Wahrheiten unserem sittlichen Bewußtsein ebenso a priori einleuchten, wie die aprioristischen Wahrheiten der Erkenntnis unserem Erkenntnisvermögen. Die wesentlichsten moralischen Grundsätze werden daher auch zu verschiedenen Zeiten und bei verschiedenen Völkern eine auffallende Übereinstimmung aufweisen. Die unleugbare Ähnlichkeit zwischen den sittlichen Grundgeboten der verschiedenen, in bezug auf Alter und Entstehungsort so weit differierenden Religionsbekenntnisse ist demgemäß auch keine zufällige. Im übrigen werden allerdings alle Momente, die eine Verschiedenheit der Struktur einer sozialen Gemeinschaft verursachen oder die Einsicht in deren natürliche Daseinsbedingungen vertiefen und alle Tatsachen, die die verschiedene Empfindlichkeit des Gewissens bedingen, zu einer nach Zeit und Ort abgegrenzten und sodann auch individuellen Verschiedenheit der sittlichen Anschauungen führen. So kommt es, daß es zwar jedermann einleuchtet, daß die Gerechtigkeit gut und die Ungerechtigkeit schlecht ist, daß aber die moralischen Ansichten über das Duell oder über die Keuschheit der Männer vor der Ehe weit auseinandergehen.[1]) In diesem Sinne sind auch zwei scheinbar sehr divergierende Aussprüche von Kant und Nietzsche miteinander vereinbar. In dem Nachwort zur »Kritik der praktischen Vernunft« spricht Kant den viel zitierten Satz aus: »Zwei Dinge erfüllen das Gemüt mit immer neuer und zunehmender Bewunderung und Ehrfurcht, je öfter und anhaltender sich das Nachdenken damit beschäftigt: Der gestirnte Himmel über mir und das moralische Gesetz in mir.« Nietzsche aber legt ein Dogma seines ethischen

[1]) »Was eine Zeit als böse empfindet, ist gewöhnlich ein unzeitgemäßer Nachschlag dessen, was ehemals als gut empfunden wurde — der Atavismus eines älteren Ideals.« (Nietzsche, Jenseits von Gut und Böse, IV, 149.)

Glaubensbekenntnisses in den Worten nieder: »Moral ist heute in Europa Herdentiermoral: — also nur, wie wir die Dinge verstehen, eine Art von menschlicher Moral, neben der, vor der, nach der viele andere, vor allem höhere Moralen möglich sind oder sein sollten. Gegen eine solche »Möglichkeit«, gegen ein solches »Sollten« wehrt sich aber diese Moral mit allen Kräften; sie sagt hartnäckig und unerbittlich: »ich bin die Moral selbst, und nichts außerdem ist Moral!«[1]) In gewissem Sinne begegnet sich diese Lehre mit dem radikalen ethischen Subjektivismus Westermarcks, der die innerhalb örtlicher und zeitlicher Grenzen bestehende tatsächliche Übereinstimmung der sittlichen Urteile zwar zugibt, dieser letzteren aber dennoch jede Objektivität abspricht.

Die Relativität der sekundären ethischen Normen, die übrigens seit jeher erkannt und in der griechischen Philosophie von den Skeptikern und Empirikern scharf formuliert worden ist, steht also mit der Herrschaft eines absolut gültigen obersten Moralprinzips nicht im Widerspruch. Die Existenz eines solchen wird vielmehr bestätigt durch die zeitlich und örtlich unbegrenzte allgemeine Anerkennung gewisser a priori einleuchtender moralischer Axiome. Die sogenannten »guten Sitten« sind dagegen nur die konkreten Ausdrucksformen der in einem bestimmten sozialen Verbande herrschenden Sittlichkeit.

7. Die Moral verhält sich oder sollte sich vielmehr zum positiven Rechte verhalten wie die reine zur angewandten Mathematik. Der Gesetzgeber entlehnt aus der Moral die reine Rechtslehre, das ist die Lehre von den Grundprinzipien des Rechts, um sie auf die soziale Mechanik anzuwenden. Unter sozialer Mechanik ist die Lehre von dem Gleichgewicht und der Bewegung im sozialen Körper, mit anderen Worten die Lehre von dem friedlichen Ausgleich der individuellen, gegeneinander gerichteten und von der Betätigung der sozialen, gleichgerichteten Bestrebungen der Gemeinschaftsgenossen zu verstehen. Dieser Auffassung von dem Verhältnis zwischen Moral und Recht hat unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch Rechnung getragen, wenn es in seinem Kundmachungs-

[1]) L. c. 202.

patent einleitend erklärt: »Aus der Betrachtung, daß die bürgerlichen Gesetze, um den Bürgern volle Beruhigung über den gesicherten Genuß ihrer Privatrechte zu verschaffen, nicht nur nach den allgemeinen Grundsätzen der Gerechtigkeit, sondern auch nach den besonderen Verhältnissen der Einwohner bestimmt werden sollen usw.« Allerdings entspricht die positive Gesetzgebung in ihrer Beziehung zur Moral dem angedeuteten Verhältnis niemals vollkommen. Es drängt sich vielmehr in den Entstehungsprozeß des positiven Rechts neben der Moral stets ein zweiter Faktor ein, den wir eingangs (1) als den variablen bezeichnet haben; es ist dies der durch das Klasseninteresse diktierte Wille der jeweils herrschenden normschaffenden Gesellschaftsklassen, mit anderen Worten der soziale Machtfaktor. Diese Erkenntnis vermittelt uns bereits Plato, der im »Protagoras« einen Ausspruch des Philosophen Thrasymachos zitiert, demzufolge das Recht nichts anderes sei als der Vorteil der Mächtigen. »In jedem Staate machen die Regierenden zum Gesetze, was ihnen nützt.« Neuestens hat Anton Menger diesen Gedanken in seiner »Neuen Staatslehre« mit Nachdruck verkündet. »Die Rechtsordnung ist der Inbegriff der in einem Lande dauernd anerkannten Machtverhältnisse.«[1]) Dem Moralprinzip räumt Menger nur eine sehr untergeordnete Einwirkung auf die Gesetzgebung ein.[2]) Mag diese Ansicht auch tendenziös gefärbt erscheinen, so enthält sie dennoch einen wahren Kern. Die Geschichte zahlreicher Staaten- und Rechtsgründungen spricht für sie. Trotzdem darf nicht übersehen werden, daß die Richtung der Kulturentwicklung seit jeher dahin ging, dem Moralprinzip auf allen Gebieten menschlicher Betätigung Neuland zu erobern und daß, was für die Kinderzeit der Staaten zutrifft, heute eben nicht mehr ohne Einschränkung gilt. In eben dem Maße, als die Empfindlichkeit des sozialen Gewissens wächst, muß der Einfluß des Machtfaktors auf die Entstehung und Fortbildung des positiven Rechts schwinden. Die Sittlichkeitsidee gleicht hier der Asymptote, der sich die positive Gesetzgebung in einer sie niemals treffenden Kurve

[1]) S. 144, vgl. auch S. 32, 43, 227 u. v. a.

[2]) S. 55 ebenda.

nähert. Emil Steinbach äußert sich über den Einfluß der Moral auf das Recht dahin, daß »für die Fortbildung des Rechts .... der ethische Standpunkt, das Seinsollende entscheidend ist und als die allererste Voraussetzung für die Entstehung von Rechtsgesetzen sich erweist, daß ihr Inhalt vorerst als Teil der sittlichen Ordnung Anerkennung gefunden hat.«[1])

Daß die Genealogie des Rechts uns zur Sittlichkeit zurückfuhrt, kündigt sich in unserem sittlichen Bewußtsein durch die Funktion des Rechtsgefühles an. Dieses Gefühl tritt unabhängig von dem Bestande irgendwelcher positiven Norm und unabhängig von der Kenntnis einer allenfalls bestehenden Norm bei den meisten, und zwar auch bei primitiven Menschen auf, wenn ihnen ein halbwegs ausgeprägter Interessenkonflikt zur Beurteilung vorliegt. Das Rechtsgefühl ist aber von dem Bestande des positiven Rechts nicht nur unabhängig, ihm fällt vielmehr bei der Bildung des Gewohnheitsrechts eine bedeutsame schöpferische Rolle zu. Als Äußerung unseres sittlichen Bewußtseins wird es auch durch dessen beide Quellen, die Vernunft und das Gewissen, gespeist. Nach der individuellen Verschiedenheit dieser beiden Komponenten bestimmt sich die vielfache individuelle Schattierung des Rechtsgefühles. Aber auch das positive Recht bekundet seine Abstammung von der Moral nicht nur in seiner Gesamtphysiognomie, sondern insbesondere in einzelnen charakteristischen Zügen. Nicht nur in den Strafgesetzen, wo diese Tatsache klarer in die Erscheinung tritt, sondern auch in den Zivilgesetzen finden wir unverkennbare Anzeichen dieser Abstammung; ja wir sehen sogar vielfach, daß das Gesetz selbst seine Wiedergeburt aus dem Schoße der Moral erwartet. Es gibt uns Fingerzeige für seine Anwendung, Erläuterung und Fortbildung, die deutlich auf das Gebiet der Moral gerichtet sind. So sagt unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch im § 16: »Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte«, ferner im § 17: »Was den angeborenen natürlichen Rechten angemessen ist,

[1]) »Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung«. S. 85.

wird so lange als bestehend angenommen, als die gesetzmäßige Beschränkung dieser Rechte nicht erwiesen wird«, und die noch später zu erörternde Auslegungsregel des § 7 bestimmt, daß ein Rechtsfall, der sich aus dem Gesetze weder durch dessen Interpretation, noch auch durch analoge Anwendung verwandter Gesetze entscheiden läßt, »mit Rücksicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden« müsse. Die Tendenz dieser und mancher anderer Stellen, an welchen das Gesetz ausdrücklich gegen unsittliche Rechtsgeschäfte Stellung nimmt, richtet sich unzweideutig nach dem Gebiete der Moral. Der Gesetzgeber hat hiedurch seiner Überzeugung Ausdruck verliehen, daß die Sittlichkeitsidee das Recht beleben müsse, und er hat selbst dafür Sorge getragen, daß dieser Lebensborn des Rechts nicht versiege.

Freilich bemächtigt sich die positive Gesetzgebung der Sittlichkeitsidee nur innerhalb gewisser Grenzen. Die Moral beurteilt das Verhalten des einzelnen nach Maßgabe des Umstandes, ob es geeignet ist, die Gesamtheit zu fördern oder zu schädigen und zieht nicht nur die gemeinschädlichen, sondern auch die gemeinförderlichen Handlungen, Unterlassungen und Gesinnungen vor ihr Tribunal. Das Recht dagegen verlangt (mit wenigen Ausnahmen, die meist dem öffentlichen Rechte angehören) von niemandem eine positive gemeinschaftsfördernde Betätigung und kümmert sich nicht um die Gesinnung der Menschen. Es wehrt nur die schrankenlose Äußerung der natürlichen Triebe, der angeborenen Freiheit ab und legt bei dieser Abwehr den Maßstab durchschnittlicher Gewissensempfindlichkeit sowie durchschnittlicher Vernunft- und Willensstärke an den einzelnen an. Es rezipiert die Moral nur insoweit, als diese die Menschenwürde und den Wert der Persönlichkeit in allen Individuen gleich achtet, die freie Entfaltung der egoistischen Triebe allen Individuen nur in gleichem Ausmaße und nur mit der Beschränkung einräumt, daß dadurch der Bestand der menschlichen Gesellschaft sowie die Erhaltung ihrer gemeinsamen materiellen und geistigen Güter nicht gefährdet wird. Wer diese vom Rechte gezogenen Schranken beobachtet, ohne sich aktiv im Interesse

der Gesamtheit zu betätigen, verhält sich zwar rechtlich, aber mitunter nicht moralisch unanfechtbar. Wenn demnach Bentham erklärt: »Die Gesetzgebung hat wohl denselben Mittelpunkt wie die Moral, aber sie hat nicht denselben Umfang«, so ist das Verhältnis beider nicht ganz zutreffend ausgedrückt. Graphisch müßte man vielmehr das Gebiet beider durch die Flächen zweier sich schneidender Kreise darstellen. Im übrigen sind die Grenzen zwischen Moral und Recht nicht scharf ausgeprägt, sondern mehr oder weniger ineinanderfließend, und wie sehr die Ansichten in bezug auf die Abgrenzung der beiden Gebiete schwanken, beleuchtet die Gegenüberstellung zweier Urteile, die gewiß nur zufällig nahezu dasselbe Beispiel zum Gegenstande wählen. Schopenhauer erklärt einmal:[1]) »Sobald eine Handlung nicht auf die oben auseinandergesetzte Weise in die Sphäre fremder Willensbejahung, diese verneinend, eingreift, ist sie nicht unrecht. Daher z. B. das Versagen der Hilfe bei dringender fremder Not, das ruhige Zuschauen fremden Hungertodes bei eigenem Überfluß zwar grausam und teuflisch, aber nicht unrecht ist.« Dagegen erinnert Bentham:[2]) »Indes statt zu viel haben die Gesetzgeber gewöhnlich nicht genug in dieser Hinsicht getan: Sie hätten die Verweigerung oder Unterlassung eines Dienstes der Menschlichkeit, wenn er leicht zu erzeigen ist und aus dieser Verweigerung ein Unglück entsteht, als Vergehen aufstellen sollen, z. B. eine verwundete Person in einem einsamen Wege zu verlassen, ohne Hilfe für dieselbe zu suchen usw.«

8. Da das oberste Moralprinzip zwar unwandelbar, die abgeleiteten praktischen Grundsätze der Moral aber wandelbar und dem Wechsel der Zeiten unterworfen sind (6), so müßte, damit zwischen diesen letzteren und den Normen des positiven Gesetzes ein steter Einklang bestehe, die Rechts-Entwicklung und Fortbildung mit dem Wandel der ethischen Anschauungen gleichen Schritt halten. Soweit dies tatsächlich nicht der Fall ist, müssen Recht und Moral in Konflikt geraten. Dieser Konflikt ist unter der Herrschaft des Gewohn-

[1]) Die Welt als Wille und Vorstellung, IV, § 62.

[2]) Grundzüge der Zivil- und Kriminalgesetzgebung (deutsch von Beneke), S. 91.

heitsrechts weit weniger aktuell als unter jener des gesatzten Rechts. Denn das erstere wandelt sich automatisch und unmerklich mit den sittlichen Anschauungen. Dieselben Ursachen, die das logische Urteil in Dingen der Moral ändern, wandeln auch das Rechtsurteil (die Entscheidung), und aus der Summe übereinstimmender Entscheidungen in concretis entsteht das Gewohnheitsrecht in abstracto. Die Bildung des Gewohnheitsrechts zeigt übrigens so recht deutlich den Einfluß der Moral auf das Recht. Denn, wenn im primitivsten Gemeinwesen, wo es noch kein gesatztes Recht und ein erst im Entstehen begriffenes Gewohnheitsrecht gibt, ein konkreter Streitfall zu entscheiden ist, so kann eine gerechte Entscheidung nur nach den Grundsätzen der Moral aus dem Rechtsgefühl getroffen werden.

Da die Grundsätze der Moral vom Zweck und der Struktur der speziellen Gemeinschaft beeinflußt werden (5 und 6), so spielt auch hier der Machtfaktor eine indirekt bestimmende Rolle.

Viel häufiger, ja auf die Dauer unvermeidlich ist der Konflikt zwischen Moral und Recht dort, wo ein gesatztes Recht besteht und der Konfliktstoff häuft sich um so mehr, je schwerfälliger die Gesetzgebungsmaschinerie ist, je langsamer die Rechtsentwicklung dem Wandel der ethischen Ansichten folgt. In dieser Hinsicht ist nun nicht bloß dem Gesetzgeber, sondern auch der Rechtswissenschaft und Rechtsprechung ein weites Feld kultureller Betätigung eingeräumt. Die Funktion, welche hier insbesondere die beiden letzteren üben, hat in neuester Zeit zu einem leidenschaftlich geführten Methodenstreit in der Jurisprudenz Anlaß gegeben.

9. Obwohl die orthodoxe Richtung der Rechtswissenschaft das Dogma von der Lückenlosigkeit des positiven Rechts lehrt und verkündet, zeigt die unbefangene Betrachtung selbst dem Laien, daß jedes Gesetz lückenhaft ist. Diese Lückenhaftigkeit hat ihren Grund zum Teil darin, daß der Gesetzgeber nicht alle Tatsachen und Verhältnisse des künftigen Rechtsverkehrs im voraus überblicken kann, zum Teil darin, daß er an die Regelung einzelner bekannter Verkehrstatsachen

und Verhältnisse vergißt. Die gewaltige Potenzierung des industriellen und Handelsverkehrs, die technischen Erfindungen und deren praktische Ausbeutung, die das 19. Jahrhundert uns beschieden hat, gehören zu den Tatsachen der ersteren Art. Wie sehr sich die Gesetzgeber dieser Unvollkommenheit ihres Werkes bewußt sind, beweist der Umstand, daß die meisten positiven Gesetze eine Anweisung für jene Fälle enthalten, deren Entscheidung nach dem positiven Recht weder direkt noch indirekt möglich ist. Unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch verordnet, daß solche Rechtsfälle »nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen« zu entscheiden seien. Das schweizerische Zivilgesetzbuch weist den Richter diesbezüglich an, sein Urteil »nach der Regel, die er als Gesetzgeber aufstellen müßte«, zu fällen. Beide Vorschriften geben dem freien Ermessen den weitesten Spielraum und appellieren in letzter Linie an das Rechtsgefühl des Richters. Denn »die allgemeinen Rechtsgrundsätze« sind nirgends kodifiziert, und wie der Richter sich als Gesetzgeber benehmen müßte, dafür gibt ihm das Gesetz keinen Anhaltspunkt.[1]) Wie ersichtlich, eröffnet sich dem Einströmen ethischer Grundsätze in die Rechtsprechung auf Grund des positiven Rechts eine wenn auch schmale Pforte. Die meisten Gesetze fassen den hier erwähnten Ausweg allerdings nur als eine ultima ratio auf und so bestimmt auch unser allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, daß allfällige Unklarheiten, Widersprüche und Lücken im Gesetz zuerst im Wege der (grammatischen und logischen) Interpretation des Gesetzestextes, sodann unter Zuhilfenahme von Bestimmungen desselben Gesetzes oder anderer bestehender Gesetze, die ähnliche Fälle regeln, zu entscheiden seien, das ist durch (Gesetzes- und Rechts-)Analogie. Allein gerade die logische Interpretation und die Analogie führen oft zu höchst unbilligen Ergebnissen. Die erstere geht von der Voraussetzung aus, daß das Gesetz logisch aufgebaut sei. Dies ist jedoch ein Irrtum. Das Gesetz ist voll wirklicher und scheinbarer logischer Widersprüche. Jene haben ihren Grund darin, daß jedes Gesetz notwendigerweise die logische Folgerichtig-

[1]) In dieser Hinsicht erinnert die formelle Weisung des schweizerischen Zivilgesetzbuches einigermaßen an den kategorischen Imperativ Kants.

keit den Erwägungen der Zweckmäßigkeit opfern muß. Diese entspringen dem Umstande, daß die oft allzu reiche Kasuistik des Gesetzes die äußeren Merkmale dafür vermissen läßt, ob sie eine rein exemplifikative, die allgemeine Regel demonstrierende oder eine exzeptionelle ist. Die Analogie wieder hat einen geschworenen Feind in dem argumentum a contrario. Wenn ein Rechtsfall im Gesetze nicht ausdrücklich entschieden ist, greift die Analogie auf einen ähnlichen im selben oder in einem anderen Gesetze geregelten Rechtsfall zurück. Das argumentum a contrario aber behauptet rechthaberisch, gerade, weil dieser Fall im Gesetze nicht, beziehungsweise nicht so geregelt ist wie der ihm ähnliche Parallelfall, sei der Schluß gerechtfertigt, daß der Gesetzgeber die gleiche Normierung offenbar perhorresziere. Neuere Gesetze suchen diesem Dilemma vielfach durch eine bis ins kleinste ausgebaute, minutiöse Kasuistik zu entgehen, ein Versuch, der an dem erstrebten Ziele weit vorüberschießt. Denn eine absolute Vollständigkeit kann niemals erreicht werden, und je reicher die Kasuistik ist, desto ausgiebiger mehrt sich die Gelegenheit zu verborgenen Widersprüchen und das argumentum a contrario feiert Orgien. Dazu kommt, daß die dogmatische Jurisprudenz ein Verfahren ausgebildet hat, dessen sich sodann auch die Rechtsprechung ausgiebig bediente und das darin besteht, Rechtsverhältnisse, die im Gesetze nicht oder widerspruchsvoll behandelt sind, durch eine kunstvolle Gruppierung der jeweiligen Tatbestandsmomente so darzustellen, daß sie dennoch unter den Tatbestand einer positiven Norm subsumiert werden können. Dieses Verfahren, bekannt unter dem Namen der juristischen Konstruktion, hat dem naiven Rechtsempfinden die tiefsten Wunden geschlagen.

Gegenüber diesem nicht überaus befriedigenden Zustand des positiven Rechts sucht sich eine geistige Bewegung durchzusetzen, die einerseits dahin zielt, die rechtsschöpferische Funktion des Richters möglichst zu erweitern, anderseits nach Richtern ruft, die nicht in dem Maße wie staatliche Richter an das Gesetz gebunden sind (Laienrichter, Schiedsrichter), damit auf diesem Wege dem Rechtsgefühl und den Grund-

sätzen der Moral und Billigkeit Rechnung getragen werde. Diese neue Bewegung, bekannt unter dem Namen »Freirechtsbewegung«, fordert demnach, soweit das Gesetz nicht unzweifelhafte Entscheidungen für einen Rechtsfall gibt, freie Rechtsfindung durch die Rechtswissenschaft und freie Rechtsschöpfung durch den Richter. Die Grenzen zwischen den klaren und zweifelhaften Dezisionen des Gesetzes sind natürlich wieder keine scharf ausgeprägten und der radikale Flügel der Freirechtsbekenner verlangt sogar, daß unter Umständen die Entscheidung gegen das Gesetz ergehe, woferne dieses nämlich in eklatanter Weise dem allgemeinen Rechtsbewußtsein widerspricht. Eine endgültige Klärung all dieser Ansichten ist noch nicht erfolgt, jedenfalls aber offenbaren sie übereinstimmend eine unverkennbare Tendenz der Rückkehr zur reinen Rechtslehre, also zur Moral.

Gegenüber dieser Reformbewegung wird von den Anhängern der dogmatischen Jurisprudenz geltend gemacht, daß der Wert des positiven Rechts eben in der Voraussehbarkeit, in der Berechenbarkeit der Konsequenzen des Handelns liege, daß die neue Richtung geeignet sei, das öffentliche Vertrauen in die Rechtssicherheit zu erschüttern, daß das Rechtsgefühl keine geeignete Instanz zur Entscheidung verwickelter Interessenkonflikte bilde und daß es an objektiven Kriterien sozialer Zweckmäßigkeit oder Billigkeit mangle.

Der dargestellte Widerstreit der Meinungen ist durchaus kein neuer; er tritt periodisch immer wieder dort auf, wo die Harmonie zwischen der sozial-ethischen und der Rechtsentwicklung gestört ist. Schon Aristoteles nimmt in seiner Rhetorik (I. Kap., 1) zu dieser Kontroverse Stellung und tritt mit Gründen, die seither oft wiederholt worden sind, auf die Seite der Dogmatiker. Die Römer haben mit ihrem auf das praktische und zweckmäßige gerichteten Instinkt den richtigen Mittelweg eingeschlagen, indem sie dem Prätor eine rechtsbildende Funktion einräumten. Der römische Prätor verlieh aus Gründen der Billigkeit (daher jus aequum) jenen Ansprüchen, die im positiven Recht (jus civile) nicht oder nicht genügend geschützt waren, ein besonderes Klagerecht (actiones fictitiae, actiones utiles). Auch die Römer der Neuzeit,

als welche man die Engländer bezeichnen kann, haben, und zwar unter Verzicht auf eine Rechtskodifikation, die Ergänzung und Fortbildung ihres Rechts bis auf die neueste Zeit ihren obersten Richtern überlassen. Daneben haben sie in ihrer Gerichtsverfassung eine Institution geschaffen, die den Konflikt zwischen Recht und Billigkeit weise ausgleichen sollte. Die früher bestandenen chancery courts hatten die zur Milderung und Ergänzung des strengen Rechts dienlichen Grundsätze der Billigkeit (equity) zu formulieren und anzuwenden. Diese Grundsätze werden jetzt von allen Gerichten zur Anwendung gebracht.

In den kontinentalen Staaten wird der neuen Richtung vorläufig in der Praxis nur eine indirekte Anerkennung zuteil. Zahlreiche Rechtssprüche offenbaren deutlich, daß der Richter zuerst die Entscheidung (aus seinem Rechtsgefühl und nach den Grundsätzen der Billigkeit) gefunden, dann aber die Gründe im Gesetze dafür gesucht habe. Dieser Vorgang wurde übrigens schon von dem berühmten mittelalterlichen Juristen und Postglossator des römischen Rechts Bartolus ganz offen geübt, indem dieser zuerst die Entscheidung für die ihm vorliegenden Rechtsfälle fand und sodann — angeblich wegen seines schlechten Gedächtnisses — seinen Freund Pigrinus damit betraute, die dazu passenden Gesetzesstellen aus dem corpus juris aufzusuchen. Jene maskierte Methode der freien Rechtsfindung wird begreiflicherweise von den offenen Bekennern derselben aufs schärfste kritisiert und als pseudosoziologische Rechtsfindung verhöhnt. Trotz alledem haben bisher die Argumente der Dogmatiker noch immer das Übergewicht behalten. Denn das öffentliche Vertrauen in eine Rechtsprechung auf Grund feststehender, allgemein bekannter oder doch allgemein zugänglicher Normen ist ein Gut, das man nicht leichten Herzens fahren läßt und die Freirechtsbewegung hat im ganzen Arsenal ihrer Argumente, trotz mancher bestechender Prunkstücke, keines, das jenem Bedenken die Wage hielte. Immerhin ist es ein bedeutsames Symptom, daß selbst ein so konservativer Jurist wie Emil Steinbach sich in entschiedener Weise für eine Erweiterung der richterlichen Ermessenssphäre eingesetzt hat, um der Moral im Rechte erfolgreicher zum

Durchbruche zu verhelfen.[1]) Die Frage ist nur die, auf welchem Wege, in welcher Form, kurz mittels welcher Methode man die Moral zu einer ständig belebenden Quelle der Rechtsprechung machen könnte, ohne das positive Gesetz oder das Prinzip der Rechtssicherheit zu verletzen. Bisher hat hie und da ein Rechtsspruch der obersten Gerichte einem abgestorbenen Rechtsinstitut, einem marastischen Rechtssatz unter Berufung auf die guten Sitten oder auf Treu und Glauben im Verkehre oder auf die Interessen weiter Bevölkerungsschichten mittels einer mehr oder minder künstlichen Gesetzesinterpretation neues Leben einzuflößen versucht. Dieser Versuch aber gleicht der Kampferinjektion, durch die man das Leben eines absterbenden Organismus noch für kurze Frist zu retten sucht. Was die neue Richtung der Jurisprudenz erstrebt, ist etwas anderes. Man sucht statt zweifelhafter Operationen eine lebenserhaltende neue Hygiene für unser Rechtsleben. Darüber sind sich die helleren Köpfe wohl klar, daß man dem im sittlischen Bewußtsein wurzelnden Rechtsgefühl allein diese lebenserhaltende Funktion nicht ohne weiteres zuteilen kann. Dieser höchst subjektive Regulator würde allzu variable Ergebnisse zeitigen. Man will daher das sittliche Bewußtsein objektivieren. Indem man es mit möglichst umfassender sozialer Erkenntnis füllt, hofft man zur Erweiterung der richterlichen Ermessungssphäre und zur Einschränkung der bisherigen Rechtsanwendungskünste zu gelangen. Demgemäß hat die neue Richtung eine verhältnismäßig junge Wissenschaft auf ihr Banner geschrieben: die Soziologie.

10. Trotzdem wir schon einige bedeutende Werke über Soziologie besitzen, wird dieser Wissenschaft immer wieder von Zeit zu Zeit die Existenzberechtigung abgesprochen.[2]) Bald reklamieren andere Wissenschaften ihr Arbeitsgebiet für sich (Philosophie, Jurisprudenz, Nationalökonomie), bald wird ihr der Vorwurf gemacht, sie sei überhaupt keine neue Doktrin.[3])

[1]) Die Moral als Schranke des Rechtserwerbes und der Rechtsausübung, S. 33, 99 und 106.

[2]) Vergleiche Dr. Miecyslaw Szerer, Soziologie, Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie in Grünhuts Zeitschrift, Bd. 40.

[3]) Adolf Menzel, Naturrecht und Soziologie.

Dieser wissenschaftliche Kompetenz- und Prioritätsstreit ist natürlich für unsere Frage ganz bedeutungslos, wofern die Soziologie nur überhaupt ein Wissenszweig ist, der uns objektive Anhaltspunkte dafür bietet, der Moral im Rechte den entscheidenden Einfluß zu sichern. Wenn die organisierte Gesellschaft einen obersten Zweck ihres Daseins anerkennt, der dem obersten Moralprinzip gemäß ist — und in thesi ist diese Anerkennung bei allen zivilisierten Völkern erfolgt — dann muß das in Wahrheit sozial Zweckmäßige auch moralisch sein. Die Frage spitzt sich also dahin zu: Gibt es objektive Kriterien sozialer Zweckmäßigkeit, beziehungsweise kann uns die Wissenschaft (Soziologie) solche vermitteln? Ist diese Frage zu bejahen, dann wissen wir, daß die konstante Neubelebung des Rechts gesichert ist. Von vielen wird diese Frage verneint. Ihnen wird mit Beneke, dem gelehrten Übersetzer und Kommentator der bereits zitierten Schrift Benthams, zu erwidern sein, daß sich ja schon in unserem Rechtsgefühl das Produkt einer instinktiven Abwägung von kollidierenden individuellen oder kollektiven Interessen offenbart. »Nur wägen wir sie mit so großer Schnelligkeit, so ineinanderfließend und daher mit so geringem Bewußtsein jedes einzelnen, daß wir dieser Abwägung selber nicht bewußt werden und uns die Entscheidung durch eine Art wunderbarer und unerklärlicher Offenbarung zu kommen scheint.« Dessen ungeachtet könne diese instinktartige Abwägung zu eben so vollkommenen Resultaten führen wie die klarste wissenschaftliche Demonstration. Freilich könne das Ergebnis auch falsch sein, weil möglicherweise Unkenntnis, Irrtum und Affekte die wahre Wertschätzung verfälschen. Daraus folge aber nur, daß an Stelle der instinktartigen Reaktion die zergliedernde Reflexion treten müsse.

Für die Frage nach dem Vorhandensein objektiver Kriterien sozialer Zweckmäßigkeit ist diese Gedankenreihe allerdings unzureichend, aber sie wird durch eine sehr einfache Erwägung organisch abgeschlossen. Da sich neben dem individuellen Rechtsgefühl in allen sozialen Gemeinschaftsgruppen auch ein soziales Rechtsbewußtsein herausgebildet hat, welches nur durch die Übereinstimmung jener

individuellen instinktiven Reaktionen zustande kommen konnte, so muß es objektive Kriterien sozialer Zweckmäßigkeit geben. Diese aufzufinden, ist die Aufgabe der Soziologie. Die Aufgabe ist schwierig, aber eine gewisse Orientierung haben die bisherigen Versuche schon gezeitigt.[1])

Um die objektiven Kriterien sozialer Zweckmäßigkeit zu erfassen, sind vorerst die ökonomischen, sowie die politischen, religiösen und anderweitigen geistigen Interessen der in der sozialen Gemeinschaft vereinigten Individuen, Gruppen, Verbände und Klassen festzustellen. Die Feststellung dieser vielfach kollidierenden Interessen muß eine möglichst erschöpfende sein. Es müssen alle erdenklichen Interessenkollisionen in Kombination gezogen werden. Sodann gilt es diese Interessen nach einem allgemein gültigen, allgemein als richtig anerkannten, also der Moral entlehnten Prinzip abzuschätzen, gewissermaßen zu klassifizieren. Endlich aber ist gemäß dieser Wertung die Entscheidung für die Fälle der Kollision zu treffen. Damit diese Entscheidung richtig sei, muß auch das ihr zugrunde liegende Tatsachenmaterial richtig und vollständig sein.[2])

---

[1]) In Benthams »Grundsätzen« ist der Weg ziemlich klar vorgezeichnet, wenn auch die heutige Entwicklung des Rechtslebens eine viel extensivere Behandlung des Gegenstandes erfordern wird.

[2]) Eugen Ehrlich, der bedeutendste Vertreter der Freirechtsschule in Österreich, präzisiert die Aufgabe der Rechtssoziologie in folgender Weise: »Die Soziologie zeigt uns die Entwicklungsgesetze der menschlichen Gesellschaft und die Wirkungen der Rechtssätze. Die Jurisprudenz lernt aus ihr, wie die Rechtssätze nach ihren Wirkungen den gesellschaftlichen Entwicklungsgesetzen angepaßt werden können.« (Grundlegung der Soziologie des Rechts, S. 164.) Die Methode der Interessenabwägung hält Ehrlich für aussichtslos. In diesem sowie in anderen Punkten scheint Ehrlich indessen der Benthamschen Lehre nicht in vollem Maße gerecht geworden zu sein. Wenn er das Hauptgewicht auf die Erforschung »des lebenden Rechts« legt, wie es sich »in den Vertragsurkunden, in Handel und Wandel, in Gewohnheiten und Gebräuchen, ferner in allen Arten von Verbänden (rechtlich anerkannten, rechtlich übersehenen, ja sogar rechtlich mißbilligten) widerspiegelt« (l. c. S. 399), so kann in diesem Postulat der Hinweis darauf erblickt werden, daß eben berechtigte Interessen im Rechtsleben nach Ausdruck ringen, und daß der Widerstreit gegensätzlicher Interessen an seinen Symptomen studiert werden könne. Darüber hinaus kann die Erkenntnis »des lebenden Rechts« der Rechtsentwicklung im Sinne eines rein morali-

Die skizzierten Richtlinien stecken das Forschungsgebiet der Soziologie, soweit es für das Rechtsleben in Betracht kommt, hinlänglich ab. Die Soziologie stellt sich hienach keineswegs als rein spekulative Wissenschaft dar, wenn sie auch die Philosophie der menschlichen Assoziation an die Spitze ihrer Untersuchungen stellen wird. Sie ist auch durchaus nicht mit der Rechtsphilosophie identisch, die, als »reine Rechtslehre« im Sinne Schopenhauers, einen Bestandteil der Morallehre, der Ethik bildet. Die Soziologie ist vielmehr eher eine Naturgeschichte der menschlichen Gesellschaft, die ihr Material aus der Geschichte, Ethnologie und Nationalökonomie (einschließlich der Statistik) schöpft, und gerade weil dieses Tatsachenmaterial eine so große Rolle in der Soziologie spielt, ist man vielfach geneigt, ihr auf Kosten der bezeichneten Hilfswissenschaften die Existenzberechtigung abzusprechen. Ihre wissenschaftliche Selbständigkeit ist aber, wie schon erwähnt, durchaus keine Frage von Gewicht. Der einzige Vorwurf, den man der Soziologie bisher machen konnte, wäre vielleicht der, daß sie die positiven Ergebnisse anderer Wissenschaften, das von diesen gelieferte Tatsachenmaterial zu wenig berücksichtigt habe.

Der Ausblick, der sich auf das künftige Verhältnis zwischen Recht und Moral eröffnet, ist, wenn nicht alle Anzeichen trügen, ein erfreulicher. So wie sich vor mehr als 100 Jahren aus dem Gefühl des Unbehagens und der Unzufriedenheit mit der herrschenden Rechtsordnung die Idee des Naturrechts, die bis dahin ein rein theoretisches Dasein gefristet hatte, in monumentalen Gesetzgebungswerken durchsetzte, so ist es jetzt die Idee der soziologischen Begründung des Rechts, die das sittliche Bewußtsein mit der positiven Rechtsordnung zu versöhnen sucht. Diese Reaktion gegen einen unbefriedigenden Rechtszustand ist aber auch die einzige Analogie, die zwischen Naturrecht und Soziologie

schen Rechts nicht dienen. Insbesondere kann gewiß die Forderung nicht aufgestellt werden, daß das staatliche Recht sich diesem »lebenden Rechte« schlechtweg anzupassen habe. Gerade das »lebende Recht« kann im moralischen Sinne ein anfechtbares sein. Man denke z. B. an die modernen Rechtsbildungen des Kartell- und Trustrechts.

behauptet werden kann, und daß gewisse naturrechtliche Dogmen sich als irrig erwiesen haben, ist für sich gewiß kein hinreichender Grund, die soziologische Begründung des Rechts als aussichtslos hinzustellen. Die Erwartungen, die wir berechtigterweise an die Ergebnisse der Soziologie knüpfen, gehen vielmehr weit über den auf unser Rechtsleben (Gesetzgebung und Rechtsprechung) zu gewärtigenden Einfluß hinaus. Die Moral selbst darf sich von einer wissenschaftlichen Vertiefung der Erkenntnis unserer gesellschaftlichen Zustände eine Stabilisierung der sittlichen Anschauungen und Normen versprechen. Denn der Wandel der sittlichen Überzeugungen wird zum nicht geringen Teil durch das Ausmaß und den Fortschritt der Erkenntnis in bezug auf die natürlichen Daseins- und Entwicklungsbedingungen der Gesellschaft verursacht (6), und wenn auch infolge der tatsächlichen Verschiedenheit sozialer Existenzbedingungen die Relativität der sittlichen Normen im Prinzip unberührt bleiben wird, so wird doch eine der beiden Ursachen dieser Relativität allmählich schwinden. Soweit der Wandel der sittlichen Überzeugungen sich aber nicht auf Unwissenheit oder Irrtum gründet, ist er an sich kein Übel, sondern in den meisten Fällen eine gesetzmäßige Folge natürlicher Entwicklung. Ist nur die herrschende Moral dank der vertieften Erkenntnis des die Gesellschaft erhaltenden und fördernden Interessenmechanismus diesem adäquat, so wird sie auch ein Recht erzeugen, das sich sehen lassen darf und die Frage, welche Moral der Richter zu seiner Richtschnur zu nehmen habe, um Lücken des Gesetzes aus freiem Rechte richtig auszufüllen, oder das Gesetz in zweifelhaften Fällen richtig anzuwenden, werden wir mit Lothmar beruhigt dahin beantworten dürfen: »Nicht eine vergangene, aber auch nicht eine höchstens zukünftige, sondern die gegenwärtige.«[1])

[1]) Der unmoralische Vertrag, S. 92.